



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000004745

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1012640-34.2015.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO EX OFFICIO, é apelado COMPANHIA SULAMERICANA DE DISTRIBUIÇÃO (SUPERMERCADOS CIDADE CANÇÃO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento aos recursos. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente) E BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 8 de janeiro de 2025.

ISABEL COGAN
relator
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 27903 (13ª Câmara de Direito Público)

APELAÇÃO Nº 1012640-34.2015.8.26.0344

COMARCA: MARÍLIA

RECORRENTES: JUÍZO *EX OFFICIO* E FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECORRIDA: COMPANHIA SULAMERICANA DE DISTRIBUIÇÃO

JUIZ: *Walmir Idalêncio dos Santos Cruz*

ML

ICMS. Energia elétrica. Legitimidade ativa *ad causam* da consumidora. Incidência do imposto sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e a Tarifa de uso de Distribuição (TUSD) de energia elétrica, conforme tese firmada pelo STJ (Tema nº 986), com modulação de efeitos somente para as liminares concedidas em prol do contribuinte até 27.3.2017. Ordem para afastar a incidência do ICMS sobre referidas tarifas denegada no caso concreto. Sentença reformada. RECURSOS PROVIDOS.

Trata-se de apelação da sentença de **fls. 368/374** que concedeu a ordem de mandado de segurança impetrado pela Companhia Sulamericana de Distribuição contra o Delegado da Delegacia Regional Tributária de Marília - DRT 11 para afastar da base de cálculo do ICMS as taxas relativas ao TUST/TUSD.

Inconformada, recorre a vencida (**fls. 383/408**), afirmando carecer a impetrante de legitimidade ativa *ad causam*. No mérito, sustentou, em suma, a legalidade da cobrança das tarifas TUST/TUSD e encargos sobre a base de cálculo do ICMS em faturas de energia elétrica. Alegaram que referidas tarifas seriam encargos referentes à etapa de comercialização e circulação da energia elétrica.

Feito sujeito ao reexame necessário.

Oferecidas contrarrazões às **fls. 415/420**, foram os autos remetidos a esta Corte.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

A preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* não tem razão de ser, na medida em que a impetrante bem demonstrou ser consumidora de energia elétrica e, assim, contribuinte do ICMS incidente (**fls. 76/77**), a despeito de a responsabilidade pelo recolhimento do tributo ser atribuída à distribuidora de energia elétrica.

Passa-se à análise da questão de fundo.

Buscou a contribuinte a suspensão da exigibilidade de valores de ICMS sob a alegação de que os custos relativos ao uso do Sistema de Transmissão e Distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) não poderiam integrar a base de cálculo do imposto, que seria limitado ao valor da mercadoria (a energia efetivamente consumida), não abarcando as etapas anteriores ao efetivo consumo de energia elétrica.

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 13 de março de 2024, ao julgar o REsp nº 1.692.023/MT (Tema Repetitivo nº 986), fixou a seguinte tese: “37. *Adota-se, por todo o exposto, a tese repetitiva: 'A Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e/ou a Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD), quando lançadas na fatura de energia elétrica, como encargo a ser suportado diretamente pelo consumidor final (seja ele livre ou cativo), integra, para os fins do art. 13, § 1º, II, 'a', da LC 87/1996, a base de cálculo do ICMS.'* /38. *Considerando que até o julgamento do REsp 1.163.020/RS que promoveu mudança na jurisprudência da Primeira Turma a orientação das Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ era, s.m.j., toda favorável ao contribuinte do ICMS nas operações de energia elétrica, proponho, com base no art. 927, § 3º, do CPC, a modulação dos efeitos, a incidir exclusivamente em favor dos consumidores que,*

até 27.3.2017 - data de publicação do acórdão proferido julgamento do REsp 1.163.020/RS -, tenham sido beneficiados por decisões que tenham deferido a antecipação de tutela, desde que elas (as decisões provisórias) se encontrem ainda vigentes, para, independente de depósito judicial, autorizar o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo. Note-se que mesmo estes contribuintes submetem-se ao pagamento do ICMS, observando na base de cálculo a inclusão da TUST e TUSD, a partir da publicação do presente acórdão aplicável, quanto aos contribuintes com decisões favoráveis transitadas em julgado, o disposto adiante, ao final. /39. A modulação aqui proposta, portanto, não beneficia contribuintes nas seguintes condições: a) sem ajuizamento de demanda judicial; b) com ajuizamento de demanda judicial, mas na qual inexistia Tutela de Urgência ou de Evidência (ou cuja tutela outrora concedida não mais se encontre vigente, por ter sido cassada ou reformada); c) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a Tutela de Urgência ou Evidência tenha sido condicionada à realização de depósito judicial; e d) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a Tutela de Urgência ou Evidência tenha sido concedida após 27.3.2017./40. Em relação às demandas transitadas em julgado com decisão favorável ao contribuinte, eventual modificação está sujeita à análise individual (caso a caso), mediante utilização, quando possível, da via processual adequada” (publicada no DJe de 29.5.2024).

Ao estabelecer que o ICMS deve incidir sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, houve alteração da anterior orientação acerca do tema, com modulação dos efeitos da nova decisão para o fim de preservar as decisões liminares proferidas até

27.3.2017 ainda vigentes que beneficiaram os consumidores de energia elétrica para que recolhessem o ICMS sem a inclusão da TUSD e da TUST na base de cálculo independentemente de efetuado depósito judicial.

Nisso não há nenhuma violação a qualquer dispositivo infraconstitucional ou constitucional.

Tampouco se vislumbra violação ao princípio da isonomia entre os contribuintes. Veja-se que mesmo os contribuintes beneficiados pela modulação dos efeitos da decisão passarão a incluir as tarifas na base de cálculo do imposto a partir da data da publicação do tema repetitivo acima mencionado.

Firmadas tais premissas, no caso verifica-se que o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal foi indeferido a **fls. 235/236**, decisão que restou mantida em sede de agravo de instrumento (**fls. 269/277**) a afastar o benefício derivado da modulação dos efeitos da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça relativo ao Tema n. 986.

É o que basta para afastar a pretensão da impetrante. A sentença é, pois, reformada para denegar a ordem de mandando de segurança.

Considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional mencionada pelas partes, salientando-se o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em se tratando de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205 / SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ante o exposto, **dá-se provimento** aos
recursos.

ISABEL COGAN

Relatora